

Lecciones y Ensayos, Nro. 97, 2016

GONZÁLEZ, Pablo Alejandro, "Derecho aplicable por la CPI...", pp. 199-224

DERECHO APLICABLE POR LA CPI: ¿CUÁNDO SE PROCEDE A LA APLICACIÓN DE LAS "FUENTES EXTERNAS" ENUNCIADAS EN EL ARTÍCULO 21.1.B) DEL ESTATUTO DE ROMA?*

PABLO ALEJANDRO GONZÁLEZ**

Resumen: En el presente ensayo se analiza el art. 21.1.b del Estatuto de Roma. Puntualmente, se intenta dilucidar si la aplicación de los "tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados" procede únicamente cuando una cuestión no es regulada o prevista por el Estatuto de Roma, los Elementos de los Crímenes o las Reglas de Procedimiento y Prueba, o si por el contrario, existe otra u otras interpretaciones posibles, y de existir, cuáles serían sus consecuencias. Se concluirá que la aplicación de las "fuentes externas" –como son los tratados y la costumbre internacional– será siempre excepcional y subsidiaria, gozando los magistrados de la Corte Penal Internacional de un margen de discrecionalidad acotado.

Palabras clave: corte penal internacional – derecho aplicable – fuentes del derecho internacional penal – tratados internacionales – costumbre internacional – jerarquía entre las fuentes

Abstract: The following essay analyzes art. 21.1.b of the Rome Statute. Particularly, it attempts to clarify if the implementation of "applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of

* Este trabajo ha obtenido el Segundo Puesto en el XIII Concurso de Ensayos "Ignacio Winizky" sobre Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Humanitario.

** Estudiante de Derecho (UBA). El autor desea expresar su profundo agradecimiento a la Profesora Natalia Luterstein y al Profesor Nahuel Maisley quienes impulsaron, a través del curso "Las Fuentes del Derecho Internacional Público", el primer borrador del presente trabajo. Asimismo, desea agradecer especialmente a su familia y a María Pilar Bosch por su apoyo incondicional.

the international law of armed conflict" only proceeds when a situation is not regulated or foreseen under the Rome Statute, the Elements of Crimes or the Rules of Procedure and Evidence, or if on the contrary there are other possible interpretations, and if so, which would be their consequences. It will be concluded that the application of "external sources" –such as treaties and international customary law– will always be exceptional and subsidiary, having the judges of the International Criminal Court a limited margin of discretion.

Keywords: international criminal court – applicable law – sources of criminal international law – international treaties – international customary law – hierarchy among sources

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 21 de Estatuto de Roma establece el derecho que aplicará la Corte Penal Internacional (en adelante "la CPI" o "la Corte".) Claramente constituye una disposición esencial en el régimen jurídico creado por la Conferencia de Roma. La referida disposición presenta ciertas particularidades. En primer lugar, su mera existencia resulta relevante, toda vez que no se encuentra una disposición análoga en ninguno de los instrumentos de los tribunales penales internacionales que precedieron a la CPI. En segundo lugar, otra de sus notas distintivas es que establece una jerarquía entre las fuentes de derecho que el referido tribunal puede aplicar. Así, el artículo 21 en su primer párrafo establece que la Corte aplicará:

"...a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos..."

El presente ensayo se circunscribirá a analizar el art. 21.1.b. Puntual-

mente se intentará dilucidar si la aplicación de los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados, procede únicamente cuando una cuestión no es regulada o prevista por el Estatuto, los Elementos del Crímenes (en adelante "EC") o las Reglas de Procedimiento y Prueba (en adelante "RPP"), o si por el contrario, existe otra u otras interpretaciones posibles, y de existir, cuáles serían sus consecuencias.

Con ese objetivo en miras, se dividirá el análisis en tres secciones. En primer lugar, precisaremos el contenido del el art. 21.1.b) a fin de establecer a qué fuentes de derecho hace referencia. Seguidamente, se analizarán las interpretaciones de dicha disposición elaboradas por la doctrina. Por último, se reproducirá y analizará cuál fue la interpretación que le dio la CPI en su jurisprudencia.

Tras completar dicha tarea, se concluirá que el "cuando proceda" del art. 21.1.b) del Estatuto de Roma, otorga a los jueces un margen de discrecionalidad acotado. En primer lugar, porque se erigirá como regla general que las normas convencionales y consuetudinarias procederán únicamente cuando exista una laguna en el *proper law* de la CPI. En segundo lugar, porque frente a la doble regulación de una cuestión por el Estatuto y por el derecho internacional consuetudinario, inexorablemente los jueces de la CPI deberán aplicar el primero. Por último, se advertirá que la única situación en donde los jueces podrán apartarse de la referida regla general y acudir a las fuentes externas a pesar de que no exista una laguna, será cuando entiendan que, de conformidad con el art. 21.3, las provisiones del estatuto, las RPP y los EC son contrarias a los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

II. ¿A QUÉ SE REFIERE EXACTAMENTE EL ART. 21.1.B)?

Lo primero que debemos realizar es precisar a qué se refiere el art. 21.1.b) cuando expresa "tratados aplicables" y "principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados". Es decir, qué fuentes de derecho debe aplicar la Corte Penal Internacional "en segundo lugar" y "cuando proceda".

Para comenzar a responder este interrogante, Schabas señala que la

referida norma contiene dos fuentes de derecho distintas, entre las cuales no existe jerarquía alguna.¹

II.A. Tratados aplicables

En lo que respecta a este término resulta obvio que se está refiriendo a otros tratados distintos al Estatuto de Roma. Al respecto, Per Saland, quien presidió el grupo de trabajo sobre derecho aplicable en la Conferencia Roma, señaló que el debate giraba en torno a si emplear la formula "tratados aplicables" o "tratados relevantes". Puntualmente los delegados discutían si la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y la Convención contra la tortura eran tratados aplicables o meramente relevantes.² Finalmente, se escogió la primera fórmula ("aplicables") lo que mereció la crítica de varios autores. Así, Sadat expresó que una lectura restrictiva del término puede impedir a la CPI de referirse al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "PID-CyP") o al Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre la base de que tales tratados no son "aplicables", sino que solamente "relevantes".³ Por su parte, Pellet criticó también la presente formula. En primer lugar, señaló que la referencia estaba justificada en el Proyecto de Estatuto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, el cual confería jurisdicción a la futura Corte Penal Internacional no solo para juzgar personas sobre los 4 crímenes principales (*core crimes*) establecidos en el art. 5 del Estatuto, sino que también por ciertos crímenes establecidos de conformidad con las provisiones del tratado establecidas en el anexo, sujetos a la aceptación de los Estados Parte (los denominados "*treaty-crimes*"). Por tanto, el Estatuto de Roma, al limitar la jurisdicción de la CPI a los crímenes definidos en él la referencia a "tratados aplicables" se torna mucho menos apropiada.⁴ Asimismo, destaca que es difícil imaginar una

1. SCHABAS, W. A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 390.

2. SALAND, P., "International Criminal Law Principles", en LEE, R. S., *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, La Haya, Kluwer Law International, 1999, p. 215.

3. SADAT, L. N., *The International Criminal Court and The Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*, Transnational Publishers, 2002, p. 177.

4. PELLET, A., "Applicable Law" en CASSESE, A., GAETA, P. y JONES, J.R.W.D., *The Rome*

situación en la que la CPI puede aplicar un tratado distinto a su Estatuto, salvo que dos o más Estados acuerden acordarle cierta jurisdicción específica o requieran la aplicación de principios particulares. De todos modos, atento a la limitada competencia material que le fue concedida a la Corte (art. 5 del Estatuto), es bastante improbable que esté obligada, o incluso habilitada, a aplicar tales tratados.⁵ En similar sentido, otros autores advierten que es cuestionable bajo qué condiciones un tratado distinto al Estatuto podrá ser aplicado en los procedimientos ante la CPI atento a que los tratados generalmente solo obligan a las partes.⁶

Sin embargo, la doctrina es pacífica en señalar que las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 califican como tratados aplicables atento que estas fueron incorporadas en la definición de crímenes de guerra establecida en el art. 8.2.a) del Estatuto.⁷ Igualmente, Pellet aclara el caso de las referidas Convenciones, en tanto tratados directamente aplicables por la CPI, son la excepción a la regla general. Por su parte, otros autores incluyen dentro de la categoría analizada a los tratados en los cuales la CPI es parte, como el Acuerdo de Relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas y el "Acuerdo relativo a la Sede concertado entre la Corte Penal Internacional y el Estado Anfitrión",⁸ aunque no se observan demasiadas consecuencias prácticas.

Por último, también se ha señalado que los tratados pueden ser relevantes por dos motivos. Primero, un tratado particular puede tener especial pertinencia en un caso ante la CPI, como por ejemplo el PIDCyP el cual

Statute of the International Criminal Court: A commentary, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 1068.

5. *Ibid.*, p. 1069.

6. NERLICH, V., "The Status of ICTY and ICTR precedent in proceedings before the ICC" en STAHN, C. y SLUITER, G., *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 313.

7. Estatuto de Roma Art. 8.2.a) "2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra: ... a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, ..." McAULIFFE DE GUZMAN, M., "Article 21", en TRIFFTERER, O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court- Observers Notes, Article by Article*, Munich, C.H Beck-Hart-Nomos, 2008, p. 705 y PELLET, A., *ob. cit.*, p. 1069.

8. HEIKKILÄ, M., *Commentary on the Rome Statute*, consultado en [http://www.casematrixnetwork.org/cmn-knowledge-hub/icc-commentary-clicc/commentary-rome-statute/commentary-rome-statute-part-2-articles-11-21/] el 09/03/16.

será relevante para determinar los derechos humanos del acusado. En segundo lugar, los tratados ampliamente ratificados pueden servir de evidencia de las normas y principios de derecho internacional.⁹ Empero, como bien señala Pellet en ninguno de los dos casos los tratados en cuestión son aplicados en cuanto tales, es decir, como normas convencionales sino que más bien como evidencia de la existencia de una costumbre internacional; tal como la ha hecho en numerosas ocasiones el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, por ejemplo, al considerar que la definición de la Convención de 1984 refleja el concepto consuetudinario de tortura.¹⁰ Es decir, estaría recurriendo a los tratados como evidencia de la otra fuente de derecho a la que hace alusión el art. 21.1.b., a la que a continuación nos referimos.

II.B. Principios y Normas del Derecho Internacional

Pese a esta extraña formulación incluida en el Estatuto de Roma, generalmente se reconoce que la frase "principios y normas del derecho internacional", se refiere o es comprensiva de las normas del derecho internacional consuetudinario.¹¹ Según Pellet, la doble referencia (principios y normas) no es más que "tic verbal" o una frase hecha para referirse a la costumbre internacional.¹² Cabe preguntarse entonces porqué quienes proyectaron el Estatuto no incluyeron expresamente la palabra costumbre al identificar el derecho aplicable por la CPI. Al respecto, McAuliffe de Guzman explica que puede haber sido atento a que el término "costumbre" era demasiado impreciso para los propósitos del derecho internacional penal. Por su parte Pellet, de forma más enfática, atribuye directamente la exclusión a los abogados penalistas, cuya influencia fue ascendente durante la proyección del Estatuto de Roma, los cuales se

9. McAULIFFE DE GUZMAN, M., ob. cit., p. 1068.

10. PELLET, A., ob. cit., p. 1068. Con referencia a Trial Chamber, 16 de noviembre de 1998, Čelebići (Delalic and others), IT-96-21-t, para. 459; and 10 December 1998, Furundžija, IT-95-17/1-T, paras. 160-16-conclusion approved by the Appeals Chamber in the same case (21 de julio de 2000 IT-95-17/1-A, para. 11).

11. SCHABAS, W. A., ob. cit., p. 708., aunque esta autora divide el análisis entre "normas del derecho internacional" (comprensivas de las normas consuetudinarias) y los "principios del derecho internacional".

12. PELLET, A., ob. cit., p.1072.

opusieron en el nombre de una errónea concepción del principio de legalidad de los delitos y las penas.¹³

Sin embargo, cierta doctrina, minoritaria por cierto, ha elaborado otras interpretaciones de la frase en cuestión. Así se ha establecido que algunos "principios del derecho internacional penal" pueden ser subsumidos dentro de la frase analizada.¹⁴ Al respecto, Cassese señaló que tales principios incluyen principios específicos del derecho penal como son: el principio de legalidad, de especificidad, la presunción de inocencia, el de igualdad de armas, ente otros.¹⁵

A su turno, McAuliffe de Guzman plantea otra posible interpretación. Así, establece una distinción entre "principios... del derecho internacional" y las "normas del derecho internacional". Respecto de estas últimas, entiende que comprenden a las normas del derecho internacional consuetudinario, por lo que coincide con la mayoría de los autores. Sin embargo, pese a que reconoce como posibilidad la hipótesis de Pellet de la "frase hecha",¹⁶ estipula que puede que los autores del Estatuto al incluir la frase "principios... del derecho internacional" hayan tenido la intención de que la CPI pueda aplicar principios que no se derivan del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo (*cfr.* art. 21.1.c del Estatuto) ni que forman parte del derecho internacional consuetudinario. Así, tales principios podrían ser derivados de la conciencia legal internacional, de la naturaleza de la comunidad internacional y del derecho natural. Estos pueden incluir principios de cooperación entre organizaciones internacionales o principios de razonamiento judicial e interpretación.¹⁷

Por último, corresponde analizar la última frase que se incluye en el art. 21.1.b): "...incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados". Schabas señala que dicha referencia proporciona una apertura a un detallado y sofisticado régimen jurídico, cuyo núcleo está constituido por las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos de 1977. Sin embargo, critica la utilización de la fórmula "derecho internacional de

13. *Ibid.*, p. 1071.

14. NERLICH, V., *ob. cit.*, p. 313.

15. CASSESE, A., *International Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2003, p. 31.

16. MCAULIFFE DE GUZMAN, M., *ob. cit.*, p. 706.

17. *Ibid.*, p. 707.

los conflictos armados" en lugar de "Derecho Internacional Humanitario", expresión que, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY, constituye una terminología más moderna resultante de la influencia de la doctrina de los derechos humanos.¹⁸

Sobre este punto, Pellet advierte que la referencia parecería irrelevante ya que no restringe ni amplía el derecho aplicable por la CPI. Ello así toda vez que esos "principios establecidos" forman sin lugar a dudas parte del derecho internacional consuetudinario, el cual como fuera referido es aplicable por la CPI. En similar sentido, Caracciolo expresa que la frase en cuestión parece excesiva atento a que en todo caso se trata de una rama del derecho internacional.¹⁹ Empero, el primero de los autores hace la salvedad de que solo podrán ser aplicados estos principios en tanto sean lo suficientemente ciertos y determinados para respetar las exigencias del principio de legalidad.²⁰

III. ANÁLISIS

Habiendo precisado las fuentes a las que hace referencia el art. 21.1.b), en la presente sección del ensayo nos adentraremos en la hipótesis señalada, esto es, dilucidar si la aplicación de las fuentes de la nombrada norma "proceden" únicamente ante la falta de regulación o "silencio" del Estatuto, las RPP y los EC o si caben otras interpretaciones posibles. En otras palabras, cuándo los magistrados de la CPI pueden recurrir a las normas convencionales (con las dificultades señaladas) y a las consuetudinarias. Para ello, dividiremos el análisis ocupándonos en primer lugar en la opinión de diversos autores sobre el punto, y en segundo lugar no avocaremos a analizar qué es lo que dijo al respecto la CPI a través de sus resoluciones.

18. SCHABAS, W. A., ob. cit., p. 92.

19. CAROCCIOLLO, I., "Applicable Law" en LATTANZI, F. y SCHABAS, W. A., *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ripa Fagnano Alto, Editrice Il Sirente, 1999, Vol. 1, p. 227.

20. PELLET, A., ob. cit., p.1072.

III.A. Doctrina

Se ha señalado que en tanto régimen jurídico que carece de los beneficios de una guía legislativa, el derecho internacional penal requiere una cierta discreción judicial.²¹ En este sentido y respecto del tema que nos convoca, se expresó que la inclusión de la frase "cuando proceda" evidencia que los jueces de la CPI gozan de cierta discreción al determinar cuando los tratados y los principios y reglas del derecho internacional son aplicables.²² Sin embargo, cabe preguntarse hasta dónde se extiende esa discreción. Veamos cómo responden este interrogante distintos autores.

Como fuera aclarado en la sección previa las normas consuetudinarias son una de las fuentes de derecho que la Corte, de acuerdo al art. 21.1.b), puede aplicar a los casos que son traídos a su conocimiento. Según McAuliffe de Guzmán estas normas consuetudinarias serán una importante fuente de derecho a la que la CPI recurrirá para llenar las lagunas en el Estatuto así como también para interpretar sus disposiciones, junto con las de los EC y las RPP.²³ De ello se desprende que la CPI podrá solo acudir a una de las fuentes mencionadas del art. 21.1.b), en el caso la costumbre internacional, únicamente para llenar las lagunas que existan en el Estatuto, es decir, solo para cuestiones no reguladas o previstas en dicho instrumento constitutivo. Por tanto, se aplicarán las fuentes analizadas de forma subsidiaria.

Por su parte, Caracciollo estipula que tanto el Estatuto como la RPP y EC no pueden proveer un *corpus* de normas y regulaciones que sea suficiente para resolver cualquier cuestión en que la Corte sea llamada a decidir. Atento a ello es preciso establecer a qué normas la CPI puede acudir a fin de llenar las lagunas (*lacunae*) del Estatuto y sus instrumentos complementarios. Concluye que, de acuerdo al art. 21.1.b), tal esencial función es llevada a cabo, en primer lugar, por las fuentes allí mencionadas, esto es, los tratados aplicables y el derecho consuetudinario internacional.²⁴

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, Schabas advierte que el

21. McAULIFFE DE GUZMAN, M., ob. cit., p. 711.

22. *Ibid.*, p. 705.

23. *Ibid.*, p. 708.

24. CAROCCIOLLO, I., ob. cit., p. 227. En igual sentido que Pellet, aclara que la exclusión de la jurisdicción de la Corte de los llamados "*treaty-crimes*" redujo significativamente la importancia de la referencia a los tratados internacionales.

Estatuto de Roma no puede proveer respuestas a todas las cuestiones que puedan surgir en los procedimientos ante la CPI, es por ello que deben buscar una guía en otro lado, tal como lo hacen en el derecho interno cuando los códigos penales dejan cuestiones ambiguas o simplemente sin contestar.²⁵ Si bien no se refiere expresamente a los tratados internacionales ni a la costumbre internacional, podemos inferir claramente que la Corte podrá acudir a las demás fuentes del art. 21 (distintas a las del 21.1.a) solo cuando el Estatuto regule de forma ambigua una cuestión o simplemente no la regule. Abonando esta posición, Pellet enfatiza que pese a su cuidadosa redacción, el Estatuto y sus textos complementarios (RPP y EC), los cuales constituyen instrumentos equivalentes a verdaderos códigos de fondo y de forma, no podrán nunca resolver todos los problemas que puedan suscitarse. Es por ello que el Estatuto de Roma en su art. 21 prevé una serie de normas suplementarias para evitar una situación de "*non liquet*", especialmente inapropiada en materia penal; aclarando que tales normas de complemento son las mencionadas en el art. 21.1.b) y c).²⁶ Nuevamente observamos que solo se acudirá a las fuentes complementarias cuando una cuestión no encuentre respuesta o regulación en lo que denomina *proper law* de la CPI, es decir, en el Estatuto, las RPP y los EC. En lo que al presente ensayo interesa, también refiere que es claramente indispensable que los jueces de la Corte pueden recurrir a la costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, en las cuestiones en que el Estatuto haga silencio.²⁷ Fundamenta esta tesis apelando a la práctica y la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* de Yugoslavia y Ruanda. Así, recuerda que el TPIY expresó que "toda vez que el Estatuto no regule una materia o cuestión específica [...], el Tribunal Internacional deberá fallar sobre la base de: (i) normas del derecho consuetudinario internacional...".²⁸ De este modo, el referido tribunal en el caso Tadić estableció las principales normas consuetudinarias aplicables a los conflictos armados internos²⁹ y en Kupreškić se basó en una norma consuetudinaria que prohibía las represalias contra las civiles.³⁰ Si bien solo trata una de las fuentes enumeradas en el art.

25. SCHABAS, W. A., ob. cit., p. 91.

26. PELLET, A., ob. cit., p. 1067.

27. *Ibid.*, p. 1072.

28. ICTY, Trial Chamber, 14 de enero de 2000, Kupreškić, IT 95-16-T, p. 591.

29. ICTY, Appeals Chamber, 2 de octubre de 1995, Tadić, IT-94-1-AR72, p. 591.

30. ICTY, Trial Chamber, 14 de enero de 2000, Kupreškić, IT 95-16-T, pp. 96-127.

21.1.b), no debemos soslayar que según el autor es poco probable que la CPI pueda aplicar otros tratados.

A su turno, Bitti al analizar el tema en primer lugar establece una clasificación entre las fuentes de derecho enunciadas en el art. 21 del ER. Por un lado ubica a las fuentes internas conformadas por el Estatuto, las RPP, los EC (el *proper law* en palabras de Pellet) y por la jurisprudencia del tribunal (art. 21.2 ER), aunque aclara que esta última no es obligatoria para la Corte.³¹ En el otro extremo, se encuentran las "fuentes externas" de la CPI conformadas por las fuentes formales enumeradas en los incisos b) y c) del primer párrafo del art. 21 y por una fuente material consagrada en el tercer párrafo de la norma en cuestión.³² Sentado ello, el autor establece que tanto los "tratados aplicables y los principios y normas del derecho internacional" como los principios generales del derecho a los que se refiere el art. 21.1.c)³³ son fuentes subsidiarias de derecho, es decir, subsidiarias respecto de las fuentes formales enumeradas en el párrafo 1 (a). Ello, a su juicio, implica no solo reafirmar la supremacía de estas últimas, sino también que la aplicación de estas fuentes subsidiarias estará siempre sujeta a la misma condición: la existencia de una laguna en el Estatuto, en las RPP y en los EC.³⁴ Siguiendo este estándar, podemos concluir que la aplicación de este tipo de fuentes por la CPI será bastante restrictiva. Al respecto, el autor hace un paralelismo con los tribunales penales internacional *ad hoc* y señala que la aplicación de otras fuentes de derecho ante la CPI (distintos al *proper law*) será mucho menos flexible que en los primeros. Pero advierte que esto es el resultado de la intención de los Estados quienes elaboraron un Estatuto muy sofisticado de 128 artículos, unas RPP también muy precisas de 225 artículos y unos puntillosos EC.

31. Art. 21.2: "La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores".

32. BITTI, G., "Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the treatment of the sources of law in the jurisprudence of the ICC" en STAHN, C. y SLUITER, G., *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 288 y 293.

33. Art. 21.1.c): "...los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos".

34. BITTI, G., ob. cit., p. 294.

Por último, en consonancia con los demás autores, Heikkilä retoma la clasificación de Bitti y destaca que aun cuando el objetivo las fuentes legales internas de la CPI es establecer un marco legal respecto del cual esta debe funcionar, es plausible que se presenten situaciones en donde una cuestión legal no pueda ser abordada o respondida por medio de tales fuentes. Atento a ello, las fuentes externas cobran especial relevancia toda vez que la CPI podrá acudir y apoyarse en ellas cuando las fuentes internas sean poco claras o "hagan silencio" respecto de la cuestión. Sobre esa base, la autora concluye que, atento a su redacción, las fuentes externas de derecho serán aplicadas excepcionalmente en los procesos ante la CPI.³⁵

III.B. La jurisprudencia de la CPI

Naturalmente, la aplicación e interpretación que haya realizado la CPI respecto del art. 21 de su Estatuto aportará valiosa información para el interrogante que se intenta responder.

La Sala de Apelaciones en su primera decisión tuvo que interpretar el art. 21 del Estatuto lo cual evidencia que la cuestión del derecho aplicable ha sido crucial en la jurisprudencia de la CPI desde sus inicios.³⁶

En dicho caso, la Sala debió analizar el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el Fiscal Moreno Ocampo contra la decisión del Sala de Cuestiones Preliminares que había denegado su recurso de apelación. El carácter extraordinario obedecía a que el Estatuto, puntualmente su Parte 8, no preveía una impugnación contra la decisión de las salas de primera instancia que habían rechazado un recurso de apelación. El fiscal alegaba que se trataba de una laguna en el Estatuto y en las RPP que podía remediada acudiendo a las denominadas "fuentes externas" (art.21.1.b y c.) Al resolver el recurso, el *ad quem* expresó que para que la Corte pueda recurrir a las fuentes enumeradas en los incisos b) y c) del art. 21.1 es necesario que exista una laguna en el Estatuto y en las RPP.³⁷ Sin embargo, al analizar el caso en cuestión concluyó que no existía tal laguna atento a que el Estatuto en su Parte 8 regulaba taxativamente el derecho a apelar y establecía cuales eran las decisiones de las Salas de cuestiones preliminares

35. HEIKKILÄ, M., ob. cit., p. 251.

36. BITTI, G., ob. cit., p. 294.

37. No se incluyen a los Elementos de los Crímenes ya que se estaba resolviendo sobre una cuestión procesal.

y de Juicio susceptibles de impugnación, y observó que el recurso alegado por el Fiscal no estaba consagrado allí. Aclaró también que el hecho de que una cuestión no sea regulada por las fuentes del art. 21.1.a) o, como en el caso, que no se prevea un recurso específico no implica necesariamente la existencia de una laguna. Así, debe analizarse si el silencio del *proper law* de la CPI es una decisión en contra de esa cuestión o simplemente su falta tratamiento se debe a que esta no había sido prevista. Solo en este último caso la CPI podrá aplicar las fuentes externas.³⁸ Sobre esa base, establece que fue intención de las partes en el Estatuto de Roma que no se incluya el recurso alegado por Moreno Ocampo, extremo que fundamenta al analizar los trabajos preparatorios (*cfr.* Art. 32 CVDT) y en que la delegación del Estado de Kenia había propuesto incluir un recurso contra el rechazo de una apelación, pero que tal propuesta fue rechazada de pleno en la Conferencia de Roma.³⁹ Por tanto, la identificación de las lagunas será eventualmente una cuestión de interpretación del Estatuto y sus instrumentos complementarios.⁴⁰ Se observa entonces que la CPI, en consonancia con la doctrina, otorga a las fuentes externas un carácter subsidiario.

Meses más tarde, la Sala de Apelaciones volvió a reiterar en similares términos este estándar. Puntualmente, expresó que si una cuestión es regulada exhaustivamente por el Estatuto o por las RPP,⁴¹ no habrá lugar para recurrir a la segunda (art. 21.1.b) o tercera (21.1.c) fuente de derecho a fin determinar la presencia o ausencia de una norma que regule dicha cuestión.⁴² En el caso el imputado, Thomas Lubanga Dyilo, había cuestionado la jurisdicción de la CPI sobre la base de la "doctrina del abuso del proceso". La CPI reconoció que esta no estaba prevista como causal para renunciar al ejercicio de la jurisdicción sobre un caso de conformidad con el art. 17 del Estatuto. Por ello, analizó si podría aplicarla sobre la base de

38. NERLICH, V., ob. cit., p. 312.

39. ICC, Appeals Chamber, Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal, AC, 13 July 2006, pp. 33-39.

40. NERLICH, V., ob. cit., p. 312.

41. Nuevamente no se refirió a los Elementos de los Crímenes atento a que estaba tratando una cuestión de índole procesal.

42. ICC, Appeals Chamber, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute, 3 October 2006, párr. 34.

los incisos a) y b) del art. 21.1. Finalmente concluyó que no podrá aplicar la doctrina del "abuso del proceso" toda vez que el poder de suspender los procedimientos en razón de dicha doctrina no es reconocido de forma generalizada como una prerrogativa indispensable de un tribunal de justicia, como un atributo imprescindible del poder judicial.⁴³

Por otro lado, la CPI volvió a expedirse sobre la cuestión en el marco del caso "Fiscal c. Omar Al Bashir", aunque en esta oportunidad de forma más sistemática. Al momento de analizar su competencia para analizar el caso, la CPI expresó que "de conformidad con el artículo 21 del Estatuto, solo podrá recurrirse a las otras fuentes de derecho previstas en los párrafos (1) (b) y (1) (c) del artículo 21, cuando se cumplan las siguientes dos condiciones: (i) que exista una laguna en el derecho escrito contenido en el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y las Reglas (de Procedimiento y Prueba) y (ii) dicha laguna no puede ser llenada mediante la aplicación de los criterios de interpretación establecidos en el art. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados y en el art. 21 (3) del Estatuto".⁴⁴ Se consolida pues la jurisprudencia de la Corte, exigiendo la existencia de una laguna en las fuentes internas para que proceda la aplicación de las externas, y además se reitera que la mera falta de regulación de una cuestión no conduce inexorablemente a una laguna, sino que la determinación de la existencia de estas es una labor hermenéutica para la cual debe acudir, como en todo tratado, a las reglas consuetudinarias sentadas en la CVDT. Asimismo, deberá valerse del art. 21.3 del Estatuto el cual exige que la interpretación que se realice deba ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Continuando con el análisis, en el marco del caso "Fiscal c. Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui" se discutieron ante la CPI distintos modos de responsabilidad reconocidos tanto en el Estatuto como en el derecho consuetudinario internacional (a través de la práctica de los tribunales penales *ad hoc*). La CPI reafirmó que de acuerdo al art. 21.1.a) la primer fuente de derecho aplicable es el Estatuto, y que los "principios y normas del derecho internacional" constituyen una fuente secundaria de derecho que es aplicable únicamente cuando el "material estatutario" falla en proveer

43. *Ibid.*, p. 35.

44. ICC, Pre-Trial Chamber, *Prosecutor v. Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009, para. 44.

una solución legal. Sobre la base de ello, la CPI dejó bien en claro que el Estatuto regulaba detalladamente los diversos modos de responsabilidad aplicables, por lo que no era necesario considerar si el derecho consuetudinario internacional (art. 21.1.b) admitía o rechazaba alguno de ellos (puntualmente se estaba refiriendo a la "coautoría mediata"). Nuevamente observamos la jurisprudencia constante de la CPI en la materia, reafirmando la jerarquía suprema del Estatuto y la imposibilidad de acudir y aplicar las fuentes externas si las cuestiones bajo análisis se encuentran reguladas el Estatuto.⁴⁵

En otro orden de ideas, es interesante observar cómo se ha empleado el art. 21.1.b) a fin de hacer valer en los procesos ante la CPI la jurisprudencia de los Tribunales Penales *ad hoc*. Cabe aclarar que no existe en el marco normativo de la CPI una disposición análoga al art. 20.3 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona el cual prescribe que su Sala de Apelaciones debe guiarse por las decisiones de las Salas de Apelaciones del TPIY y del TPIR.⁴⁶ A su vez, tal jurisprudencia tampoco forma parte del derecho aplicable por la CPI conforme el art. 21 del Estatuto. Sin embargo, el art. 38.1.d del Estatuto de la CIJ establece que la jurisprudencia es un medio auxiliar para determinar la existencia de normas de derecho. Por tanto puede decirse que la referida norma refleja una metodología general para la verificación de la existencia de normas de derecho internacional.⁴⁷ De este modo, la CPI podría emplear la jurisprudencia de los tribunales penales *ad hoc* así como la de otros tribunales internacionales para verificar la existencia de "principios y normas del derecho internacional". Sin apartarnos del objetivo del presente ensayo veamos brevemente qué nos dice la jurisprudencia de la CPI al respecto.

En el marco del caso "Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo" el fiscal, con el fin de emplearla, alegó que la práctica del *witness proofing*, estos es, la de preparar y familiarizar a los testigos previo a que presten su declaración

45. ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, párr. 508.

46. Art. 20.3: "3. The judges of the Appeals Chamber of the Special Court shall be guided by the decisions of the Appeals Chamber of the International Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda. In the interpretation and application of the laws of Sierra Leone, they shall be guided by the decisions of the Supreme Court of Sierra Leone".

47. NERLICH, V., ob. cit., p. 313.

ante un tribunal era una práctica bien establecida y comúnmente utilizada en los tribunales *ad hoc*, extremo que fundamentó con la jurisprudencia del TPIY y del TPIR.⁴⁸ La Sala de Juicio I explicó que no se encontraba obligada a seguir tales precedentes, y que conforme al art. 21 del Estatuto debía aplicar primero este, las RPP y los EC. Luego, si la "legislación de la CPI" no definía la cuestión, debía aplicar, cuando proceda, principios y normas del derecho internacional. Al respecto la corte advierte que el tema que se analiza es de natural procesal, y expresa que si bien ello no impedirá que toda cuestión procesal sortee el escrutinio conforme el art.21.1.b), la Sala consideró que las normas procesales y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* no son aplicables automáticamente a los procesos ante ella, sino que debe realizarse un análisis. Sobre esa base, analizó que los sistemas procesales de la CPI y de los tribunales *ad hoc* eran marcadamente diferentes, por lo que consideró inapropiado trasladar la práctica de la preparación de los testigos tal como se desarrollaba en los procesos ante los últimos al proceso ante la primera.⁴⁹

En otra oportunidad, la CPI también analizó la denominada *witness proofing*. El Fiscal alegó que esta era una "práctica ampliamente aceptada en el derecho internacional penal", refiriéndose así implícitamente al art. 21.1.b).⁵⁰ Fundamentó su alegación en pronunciamientos del TPIY y del Tribuna Especial para Sierra Leona. Sin perjuicio de ello, la Sala de Cuestiones Preliminares rechazó su pretensión por infundada ya que solo uno de los precedentes reconocía el carácter invocado por el fiscal respecto de la práctica.⁵¹

En otro caso, la CPI también analizó la jurisprudencia de los tribunales penales *ad hoc* sobre la base del art. 21.1.b). La Sala de Cuestiones Preliminares I concluyó que ni el Estatuto ni los EC estipulaban una definición de "conflictos armados internacionales", frase incluida en el art. 8.2.b) (relativo a los crímenes de guerra).⁵² Reiteró que ante tal ausencia

48. ICC, Trial Chamber, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision Regarding the practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial, 01/04-01/06-1049, 30 de noviembre de 2007, para. 43.

49. *Ibid.*, pp. 44 y 45.

50. BITTI, G., ob. cit., p. 297.

51. ICC, Pre-Trial Chamber, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Practice of Witness Familiarization and Witness Proofing, 8 de noviembre de 2006, II-01/04-01/06-679, pp. 28-34.

52. "2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra": [...] b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados interna-

debía acudir a las fuentes externas enumeradas en el art. 21.1.b), y así extrajo la definición buscada de los comentarios a las Convenciones de Ginebra y de la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY.⁵³ También se valió de esta última para definir los conflictos armados internos o no internacionales.⁵⁴

Como podemos observar la CPI volvió a aseverar que únicamente podrá aplicar las fuentes externas cuando una cuestión (como la definición de un concepto o una práctica procesal) no sea tratada por las fuentes internas, reafirmando así el carácter subsidiario de las primeras. Por su parte, como claramente no se encuentra obligada a seguirla,⁵⁵ recurrirá solamente a la jurisprudencia de los tribunales penales *ad hoc* para verificar la existencia de un "principio o norma del derecho internacional" o para interpretar su *proper law*.

IV. LA POSTURA DE FAUSTO POCAR

Si bien se podría haber incluido la presente sección en aquella donde se analizó la postura de los diferentes autores sobre la procedencia de la aplicación de las fuentes formales externas enunciadas en el art. 21.1.b), se decidió hacerlo de forma separada. En resumidas cuentas porque las opiniones del nombrado varían considerablemente de lo establecido tanto doctrinaria como jurisprudencialmente. A continuación se expondrán sus ideas principales, para luego realizar algunos comentarios.

Utilizando como disparador la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre la confirmación de los cargos en el caso Lubanga,⁵⁶ Pocar se pregunta cuándo los magistrados de la CPI pueden mirar a otras fuentes

cionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:..."

53. ICC, Pre-Trial Chamber, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Practice of Witness Familiarization and Witness Proofing, 8 de noviembre de 2006, II-01/04-01/06-679, p.205-211.

54. *Ibid.*, p. 233.

55. Nótese que, conforme el art. 21.2, ni siquiera se encuentra obligada por su propia jurisprudencia.

56. ICC, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007.

de derecho, especialmente, cuándo pueden mirar hacia el derecho internacional consuetudinario.

En consonancia con los autores que fueron analizados, Pocar reconoce que la inclusión de la frase "cuando proceda" en el art. 21.1.b) indica que los jueces gozan de cierta discrecionalidad. Al respecto plantea dos interpretaciones posibles. La primera, más restrictiva, es interpretar la frase como una limitación de la discreción que los jueces tienen cuando se dirigen a otras fuentes de derecho, tal vez, más vagas. En contraposición plantea una interpretación amplia según la cual la CPI podrá encontrar que "está obligado por los acontecimientos corrientes en el derecho internacional consuetudinario". Así, la Corte podrá decir que es más "adecuado" para aplicar el derecho consuetudinario junto con el Estatuto.⁵⁷

Asimismo, sindicó como un "interesante problema" cuando el Estatuto de la CPI no codifica derecho internacional consuetudinario sino que define un delito en términos más estrechos o más amplios que el referido ordenamiento. Entiende que este se produce en el art. 7 del Estatuto de Roma que enumera los crímenes de lesa humanidad. Así, entre otros ejemplos, menciona que la persecución conforme el Estatuto debe ser cometido en relación con otros actos o crímenes de la competencia de la CPI, elemento que no es exigido por el derecho consuetudinario. En contraposición, señala como ejemplo donde el Estatuto "ensancha" respecto de la norma consuetudinaria, los motivos discriminatorios mencionados en este (respecto de la persecución) los cuales no se limitan a políticos, raciales o religiosos, sino que se abracan también las minorías étnicas, culturales, de género, y "otros motivos otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional" (art. 7.1.h).⁵⁸

Frente a estas discrepancias, se pregunta si el art. 21 permite cierta flexibilidad en la interpretación del Estatuto en consonancia con el derecho internacional consuetudinario. De este modo, plantea adoptar una interpretación amplia del "cuando proceda" y que la CPI emplee, por ejemplo, la definición de persecución que se encuentra en el derecho internacional consuetudinario. Argumenta que esta es la posición más lógica, ya que "es lógico elegir la aplicación del derecho consuetudinario cuando tiene

57. POCAR, F., *Interacción de las fuentes del derecho penal internacional: de la teoría a la práctica*, consultado en [http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2009/2009_4.pdf] el 09/03/2016.

58. *Ibid.*, p. 198.

un alcance más amplio, salvo en los casos en que los redactores del Estatuto han dejado claro que la definición más restringida del Estatuto debe aplicarse".⁵⁹

Entiendo que el razonamiento de Pocar es equivocado. Los redactores del Estatuto advirtieron que podían existir divergencias entre el Estatuto y las demás normas del ordenamiento jurídico internacional, dentro de las cuales se encuentran, por supuesto, las consuetudinarias. Por ello, se incluyó el artículo 10 del Estatuto que versa "Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto". De ello se desprende que fue intención de los redactores no afectar las normas existentes del derecho internacional.

Al respecto cabe hacer una breve digresión relativa al fenómeno de la fragmentación del orden jurídico internacional. Se ha señalado que el artículo 10 del Estatuto de Roma evidencia y postula un derecho internacional penal fragmentado.⁶⁰ Koskeniemi explicó en su informe sobre "Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional", que la justificación de que la Comisión de Derecho Internacional trate la fragmentación radica en que la aparición de "regímenes autónomos" (*self-contained regimes*)⁶¹ crea problemas de coherencia.⁶² Respecto de la rama del derecho internacional que nos convoca, debemos tener presente que los tribunales penales internacionales crean distintos "espacios legales", ello así toda vez que tienen su propio estatuto, reglas de procedimiento y prueba, y un contexto específico dentro del cual operan.⁶³ De este modo, se concluye que estos diversos sistemas de justicia penal internacional "compartimentalizan" el derecho internacional penal al crear sistemas o regímenes legales separados. Sobre

59. *Ibid.*, p. 199.

60. HEIKKILÄ, M., ob. cit.

61. Además de la de tipos nuevos y especiales de derecho y de sistemas de tratados limitados geográfica y funcionalmente.

62. CDI, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, elaborado por Martti Koskeniemi, adoptado en el 58º período de sesiones, Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006, párr. 15.

63. VAN SLIEDREGT, E., "Pluralism in international criminal law", en *Leiden Journal of International Law*, N° 25, Leiden, 2012, p. 848.

este punto se ha referido que la CPI se caracteriza principalmente por establecer un régimen legal separado, en razón de su diseño institucional pero también por su cultura legal.⁶⁴ En cuanto al diseño institucional, se afirma que favorece el establecimiento de un régimen legal autónomo atento a su tratamiento del derecho aplicable por la CPI toda vez que establece una jerarquía entre las fuentes formales de derecho, siendo el Estatuto, las RPP y los EC las fuentes primarias que la Corte debe aplicar. Relegando, así, a las normas convencionales y consuetudinarias y a los principios generales que derive del derecho interno a un segundo y tercer lugar respectivamente. Respecto de su cultura legal, Simma expresó que la CPI es una comunidad epistémica separada de abogados altamente especializados que, como en un laboratorio, buscan mejorar y desarrollar el derecho internacional penal.⁶⁵ Según Van Sliedregt, esto puede ser considerado como un proceso de emancipación que resulta en la creación de algo muy parecido a un régimen autocontenido.⁶⁶

En suma, podemos decir que tanto por su diseño institucional como por su cultura jurídica la CPI, sobre la base de su Estatuto, ha favorecido a la creación de un régimen autónomo o autocontenido –cuanto menos algo muy similar– que compartimentaliza el derecho internacional penal. Por tanto, ante un eventual conflicto, entendido de forma amplia como una situación en la que dos normas o principios indican maneras diferentes de tratar un problema,⁶⁷ entre el derecho internacional general y el Estatuto de Roma, este último opera como *lex specialis*⁶⁸ debiendo dejarse de lado la aplicación del primero.

En similar sentido, Cassese, al reparar en los artículos 10 y 22.3, advierte que pareciera que el Estatuto de Roma postula la existencia de dos regímenes de derecho internacional penal, uno establecido por este y otro el del derecho internacional penal general. Respecto de la eventual divergencia entre ambos regímenes, afirma sin hesitar que la Corte está obligada a darle prioridad a las normas de derecho internacional penal establecidas en su instrumento constitutivo. Ello así, toda vez que el conforme el art.

64. *Ibid.*, p. 848.

65. SIMMA, B., ob. cit. p. 849.

66. VAN SLIEDREGT, E., ob. cit., p. 848.

67. CDI, ob. cit., párr. 25.

68. Koskeniemi señala que los regímenes autónomos son un caso de *lex specialis*. CDI, Informe del Grupo de Estudio, ob. cit., párr. 124.

21, únicamente en "segundo lugar" y "cuando proceda" la CPI podrá aplicar los tratados aplicables y los principios y normas del derecho internacional.⁶⁹ Podrá criticarse válidamente la circunstancia de que el régimen jurídico establecido por Estatuto, en ciertos temas específicos, constituye una clara regresión respecto del desarrollo del derecho internacional penal existente.⁷⁰ Empero, aun cuando ello fuera cierto, lo que no podrá objetarse es que el sistema jurídico construido por el Estatuto obliga a la CPI a aplicar en primer lugar su denominado *proper law* y solo en subsidio a acudir a las fuentes externas de derecho como son las normas consuetudinarias. Por tanto, el planteo de Pocar de aplicar el derecho consuetudinario aun cuando una cuestión (siguiendo su ejemplo, la persecución) es regulada claramente por el Estatuto, trastoca todo el sistema creado en la Conferencia de Roma soslayando el rol meramente subsidiario que se le otorgó a las fuentes externas de derecho. No resulta extraño, pues, que su postura sea marginal en relación con la hermenéutica pacífica realizada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Por último, no debemos olvidar que el art. 21.3 exige que toda interpretación y aplicación de las fuentes enunciadas en dicha normas, debe ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, y en particular los derechos de los acusados deben ser estrictamente respetados.⁷¹ Sobre esa base, la interpretación de Pocar no solo es equivocada en razón de la primacía del Estatuto por sobre el Derecho consuetudinario, sino que también en tanto que no respeta los derechos del eventual imputado. Si, como plantea el nombrado, la CPI aplica la tipificación de la persecución que provee derecho consuetudinario –distinta a la estatutaria– claramente estaría violentando los derechos humanos del eventual acusado toda vez que se le estaría aplicando una tipo penal distinto al previsto por el Estatuto, y de este modo estaría siendo sometido a un proceso ante la CPI cuando, en rigor, conforme este último su conducta era atípica.

69. CASSESE, A., *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, consultado en [<http://www.ejil.org/pdfs/10/1/570.pdf>] el 09/03/2016, pp. 157-158.

70. Cuestión que excede los objetivos del presente ensayo.

71. McAULIFFE DE GUZMAN, M., ob. cit., p. 711.

V. UNA LECTURA CONJUNTA DE LOS PÁRRAFOS 1 Y 3 DEL ART. 21

Se ha señalado que en el art. 21.3 el Estatuto, a diferencia de los demás párrafos de esta norma, consagró una fuente material de derecho.⁷² Así, la interpretación y aplicación de todas las fuentes internas y las externas de derecho debe ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Es decir, prevé un *standard* contra el cual todo el derecho aplicable por la CPI debe ser contrastado.⁷³ Es por esto que se concluyó que este particular párrafo es una de las normas más importantes del Estatuto de Roma.⁷⁴ Tal es así que pareciera que se ha introducido una superioridad intrínseca en razón de su sustancia y por ello Pellet se pregunta si se está ante una "super-legalidad" internacional.⁷⁵ En esta inteligencia, podemos afirmar que, exista o no una laguna, en el Estatuto, las RPP o los EC, la Corte podrá rechazar la aplicación de alguno (o todos) de estos instrumentos si los considera incompatible con los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos. Consecuentemente, entiendo que es la única situación posible por medio de la cual aun cuando no exista una laguna en el *proper law* de la CPI, "procederá" la aplicación de alguna de las fuentes externas enumeradas en el art. 21.1.b).

VI. CONCLUSIÓN

Sobre la base de todo lo expuesto en las secciones precedentes podemos arribar a una serie de conclusiones. En primer lugar, que el Estatuto de Roma y sus instrumentos complementarios (RPP y EC), al igual que cualquier compendio de normativo, no puede abarcar con sus regulaciones todas las cuestiones que puedan eventualmente surgir. Si bien muchas veces los regímenes jurídicos, como el establecido en el Estatuto, persiguen abarcar íntegramente el aspecto de realidad del hombre que pretenden regular, difícilmente puedan lograrlo. La práctica judicial o incluso la imaginación y suspicacia de los litigantes pondrán en evidencia esta falencia. Es por ello que debe habilitarse a los magistrados, a fin

72. PELLET, A., ob. cit., p. 1051; BITTI, G. ob. cit., p.288.

73. PELLET, A., ob. cit., p. 1080.

74. McAULIFFE DE GUZMAN, M., ob. cit., p. 712.

75. PELLET, A., ob. cit., p.1079.

de evitar la indeseable situación de *non liquet*, a acudir a otras fuentes de derecho a fin de poder zanjar la cuestión no tratada. Así, ha quedado claro que los jueces de la CPI solo podrán recurrir a otras normas convencionales y a las normas consuetudinarias cuando exista en el *proper law* de la CPI una laguna. Tal interpretación es coincidente con la novedosa jerarquía de fuentes formales establecida por el artículo 21, que compele a los jueces a aplicar "en primer lugar" el Estatuto, las RPP y los EC. Sin embargo, no todo silencio de estos instrumentos debe ser entendido como una laguna. Su determinación exige una labor hermenéutica, es decir, interpretar si tal silencio ha sido una falla en la previsión de una cuestión determinada o simplemente una decisión en contrario. Solo la primera respuesta habilita la aplicación de las fuentes externas. De ello se desprende, en el marco del sistema de fuentes establecido por el Estatuto de Roma, que la aplicación de otros tratados y del derecho internacional consuetudinario será siempre subsidiaria y excepcional.

Por ello, el planteo de Pocar es errado. Si un asunto es tratado simultáneamente por el Estatuto y por el derecho consuetudinario, inexorablemente los jueces de la CPI deberán aplicar el primero. De lo contrario se trastoca el régimen instaurado por el Estatuto de Roma. Sus redactores han advertido esta doble regulación y han decidido otorgarle primacía al Estatuto por sobre cualquier otra norma de derecho internacional en caso de divergencia. Si bien puede criticarse que el Estatuto es regresivo en muchos aspectos respecto del desarrollo del derecho internacional penal existente, no creo que sea legal ni legítimo que los jueces pretendan subsanarlo modificando pretorianamente el régimen de derecho aplicable establecido. Sin soslayar que uno de los propósitos del Estatuto es que los "crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo", entiendo tal loable objetivo no justifica que se actúe en contra de sus propias regulaciones.

Por último, concluyo que una interpretación conjunta y armónica de los párrafos 1 y 3 del art. 21, nos conducen a que la única situación en donde procederá la aplicación de las fuentes externas aun cuando un asunto sea regulado por el estatuto, las RPP y los EC, se dará cuando la CPI entienda que, de conformidad con el art. 21.3, las provisiones de estos instrumentos son contrarias a los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que el "cuando proceda" del art. 21.1.b), otorga los jueces un margen de discrecionalidad bastante acotado.

BIBLIOGRAFÍA

A. Doctrina

- BITTI, Gilbert., "Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the treatment of the sources of law in the jurisprudence of the ICC" en STAHN, C. y SLUITER G., *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 285-304.
- CAROCIOLO, Ida, "Applicable Law" en LATTANZI, Flavia y SCHABAS, William A., *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ripa Fagnano Alto, Editrice Il Sirente, 1999, Volumen 1, pp. 211-232.
- CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2003.
- , *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, consultado en [<http://www.ejil.org/pdfs/10/1/570.pdf>] el 09/03/2016.
- CDI, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*", elaborado por Martti Koskeniemi, adoptado en el 58º período de sesiones, Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006.
- HEIKKILA, Mikaela, *Commentary on the Rome Statute*, consultado en [<http://www.casematrixnetwork.org/cmn-knowledge-hub/icc-commentary-clicc/commentary-rome-statute/commentary-rome-statute-part-2-articles-11-21/>] el 09/03/16.
- MCAULIFFE DE GUZMAN, Margaret, "Article 21", en TRIFFTERER, Otto, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court-Observers Notes, Article by Article*, Munich, C.H Beck-Hart-Nomos, 2008, pp. 701-712.
- NERLICH, Volker, "The Status of ICTY and ICTR precedent in proceedings before the ICC" en STAHN, C. y SLUITER, G., *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 305- 326.
- PELLET, Alain, "Applicable Law" en CASSESE, A., GAETA, P. y JONES, J.R.W.D., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 1050-1084.

- POCAR, Fausto, *Interacción de las fuentes del derecho penal internacional: de la teoría a la práctica*, consultado en [http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2009/2009_4.pdf] el 09/03/2016.
- SADAT, Leila N., *The International Criminal Court and The Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*, Transnational Publishers, 2002.
- SALAND, Per, "International Criminal Law Principles" en LEE, Roy S., *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results.*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 189-216.
- SCHABAS, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Second Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- , *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- VAN SLIEDREGT, Elies, "Pluralism in international criminal law", en *Leiden Journal of International Law*, n° 25, Leiden, 2012, pp. 847-855.

B. Jurisprudencia

Corte Penal Internacional:

- ICC, Appeals Chamber, Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal, AC, 13 July 2006.
- , Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute, 3 October 2006.
- , Pre-Trial Chamber, *Prosecutor v. Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009.
- , Pre-Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngujdjolo Chui, Decision on the confirmation of charges.
- , Trial Chamber, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision Regarding the practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial, 01/04-01/06-1049, 30 November 2007.

- , Pre-Trial Chamber, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Practice of Witness Familiarization and Witness Proofing, 8 November 2006, II-01/04-01/06-679.
 - , The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007.
- Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia:
- , Trial Chamber, 14 de enero de 2000, Kupreškić, IT 95-16-T.
 - , Appeals Chamber, 2 de octubre de 1995, Tadić, IT 94-1-AR72.